

# Adimplemento e Inadimplemento

**JUDITH MARTINS COSTA**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal - RS

Meritíssimo Desembargador Sergio Cavalieri, em cuja pessoa homenageio todos os membros da Mesa; Senhores Desembargadores, Juízes, Advogados; Professores e estudantes aqui presentes: que as minhas primeiras palavras traduzam o imenso agradecimento por este convite, por esses elogios que ouvi, muito constrangida (mas, confesso, muito satisfeita também, pois é bom começar o dia sendo de certa forma “engana-da” por palavras tão bonitas).

Queria iniciar essa palestra dizendo da minha alegria de estar na Escola da Magistratura, de estar falando, para juízes, sobre o adimplemento e o inadimplemento no novo Código Civil, numa Casa de Juízes. Explico o porquê dessa afirmação: tenho insistentemente dito que o novo Código Civil é um *Código destinado basicamente aos juízes*. E essa não é uma afirmação retórica, gratuita: pelo contrário, ela resulta de uma constatação científica decorrente da análise dos pressupostos filosóficos e culturais do Código e da conseqüente metodologia que ele incorpora. É exatamente daí que decorre a importância de os juízes compreenderem o novo Código e a sua metodologia, o que vai conduzir às potencialidades da sua aplicação para o futuro, vai permitir aquilo que o Professor Miguel Reale tem chamado de *vocação prospectiva* da normatividade jurídica.

Portanto, uma primeira observação que já sublinho: muito mais importante do que ficar fazendo uma análise pontual, de regra após regra do Código, é compreender o seu espírito, a sua estrutura,

a sua metodologia, pois aí está sinalizada a renovação que vem provocar. Penso que não é colocando uma ou outra regra sobre clonagem ou qualquer outro assunto da moda que se alcança a renovação do Direito Privado. Esta se dá por meio da *renovação metodológica*, porque assim se permite a ordenação progressiva dos novos casos pela jurisprudência, segundo certos valores que estão firmemente assentados no Código e segundo certas técnicas que decorrem da sua estrutura. Portanto, me parece que muito mais do que um exame da literalidade do Código devemos ter presente a sua metodologia, porque ela vai nos explicar a razão pela qual muitas regras, embora tenham um valor facial ou literal idêntico ao do Código de 1916, têm um valor contextual, jurídico ou normativo, bastante diverso.

Assim, proponho que o nosso diálogo, hoje, seja ancorado nesse viés de exame, concentrando-o na metodologia que se traduz na estrutura, no método, nos princípios e nas regras do adimplemento e inadimplemento: vamos examinar primeiramente qual é a metodologia empregada para tratar o adimplemento na estrutura no novo Código (1), depois, o significado dessa metodologia (2) após as suas conseqüências dogmáticas (3). Num segundo momento, vamos pontuar, com alguns exemplos, como o significado estrutural e metodológico pode ser apreendido (4), finalizando com algumas referências ao tratamento do inadimplemento das obrigações (5).

## **1. A metodologia empregada na regulação do adimplemento das obrigações**

Palestra proferida no Seminário realizado em 08.03.2002.

Em uma obra que tenho como verdadeiramente clássica (porque como todas as grandes obras precisou de décadas para ser entendida), meu grande mestre, Professor Clóvis do Couto e Silva escreveu nos anos 60: “O adimplemento atrai e polariza a obrigação, é o seu fim”. Já nas primeiras linhas da obra - que se chama justamente **Obrigação como processo** - é introduzida entre nós a *noção dinâmica da relação obrigacional*, uma relação que é considerada basicamente uma *estrutura de processos* e uma *totalidade concreta*, polarizada pelo adimplemento. Pois bem: o extremado relevo do adimplemento para a noção de relação obrigacional só agora vem reconhecido. E vem reconhecido justamente em função da nova arquitetura das relações obrigacionais, da nova estrutura sistêmica posta no Código Civil.

No Código de 1916 as regras acerca do adimplemento estavam elencadas no Título II, do Livro III - Livro do Direito das Obrigações, sob a genérica denominação Dos Efeitos das Obrigações, de maneira misturada com as regras relativas ao inadimplemento que estavam no seu capítulo XIII. Isto vinha logo subsequente à parte na qual eram classificadas as modalidades das obrigações e antecedentemente ao Título no qual se tratava do fenômeno da transmissão das obrigações, reduzida ao caso da cessão. Vejam os senhores como essa estrutura era confusa!

Agora, de maneira diversa, o Código separa, nitidamente, entre as fases: a) da criação do vínculo obrigacional; b) a fase do desenvolvimento do vínculo; e, c) do seu desaparecimento, dividindo esse em modo normal - pela qual o vínculo é extinto por “morte morrida, não por morte matada”, como diria um caipira, - e o modo patológico, que é o inadimplemento.

Proponho reter bem essa estrutura, porque ela é importante, ela tem significados para a dogmática das Obrigações. No Livro do Direito das Obrigações, Título I, estão as *modalidades* das obri-

gações, que marcam justamente a fase de sua origem, do seu nascimento: o dar, o fazer e o não-fazer. Depois, no Título II, vamos encontrar a sua *mobilidade*, o modo de transmissão de obrigações, pela cessão de crédito e assunção de dívidas. Vemos localizadas, no Título III, as formas pelas quais o vínculo é *extinto pelo adimplemento*, que é o seu fim, cuidando o Código, finalmente, no Título IV, da patologia da relação, isto é: as formas e efeitos do *inadimplemento*.

No Título III (extinção pelo adimplemento), em vez de englobar, de forma assistemática, todas as formas pelas quais a relação obrigacional pode ser extinta, o Código cuida, especificamente, do cumprimento, do adimplemento ou do pagamento (as expressões são usadas como sinônimas), seja através do cumprimento voluntário, direto e *adequado*, ou *satisfatório*, pelo devedor (que tem subjacente o conceito estrito ou técnico de adimplemento), e o chamado pagamento indireto, tudo nomeando, com muito rigor técnico, “Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações”.

Eu tive o privilégio de receber de presente do Professor Miguel Reale o material relativo às reuniões da Comissão Elaboradora do Anteprojeto, no qual pude ver, nas anotações de próprio punho do Professor, tudo o que modificou no Anteprojeto. Essa denominação e a conseqüente separação estrutural entre Adimplemento e Inadimplemento é uma contribuição pessoal do Professor Reale, não constava do texto apresentado por Agostinho Alvim, assim como muitas regras às quais vou referir em breve.

Pois bem: essa mesma orientação, no sentido da autonomização do adimplemento, haviam tido já os Códigos Civis italiano e português, na intenção de dar um papel de absoluto destaque ao adimplemento na trama do tecido obrigacional.

Os senhores poderiam perguntar: o que isto significa, qual a importância prática que isto tem?

A importância está em que podemos perceber, na concepção do novo Código, a atenção dada pela estrutura e pelo sistema do método classificatório ao fenômeno da *análise interna* da relação obrigacional e não à análise meramente externa ao fenômeno obrigacional.

## **2. O significado da metodologia: possibilitar a análise interna da relação obrigacional**

A classificação tradicional que se faz no Direito das Obrigações é aquela que vê a relação obrigacional do ponto de vista externo, examinando os seus “elementos” - os sujeitos, o objeto, as garantias etc. O Código propõe um outro viés, um outro olhar. Isso nos leva a um leque de questões.

a) em primeiro lugar, o que *significa a análise interna* da relação obrigacional; b) em segundo lugar, qual a sua *importância teórica*; c) depois, qual a *relevância prática* que isso tem para o enfrentamento das questões da sociedade que o Direito é chamado a resolver; e, d), por fim qual a *importância dogmática*, isto é, a relevância na configuração ou na possibilidade de criação de novos institutos dogmáticos, como decorrências dessa estrutura.

Vou tentar sinalizar as respostas a estas quatro questões.

a) a análise interna é a que leva em conta o efetivo conteúdo do vínculo em seu dinâmico processar, isto é, ao invés de descrever os elementos, percebe o feixe de deveres, poderes, ônus, expectativas legítimas, estados de sujeição etc. que conformam as respectivas situações jurídicas subjetivas *concretamente* consideradas.

b) O problema da análise interna tem, primeiramente, uma importância teórica: se efetuarmos a transposição da análise interna em termos de Teoria Geral do Direito, veremos que examinar a relação obrigacional no seu processar dinâmico em busca do seu adimplemento tem, como subjacente do ponto de vista filosófico, a idéia do *direito como experiência* (aí está a presença do filósofo

Miguel Reale), isto é, do “Direito em ato”, do Direito como *concreção*, como realidade histórico-social concreta e presente, e não como um mero objeto de contemplação, de descrição externa, não como pura seqüência de esquemas lógicos. Aí vem sinalizada o que também Miguel Reale chamou de *diretriz da concreção* como uma das diretrizes fundamentais do novo Código.

c) Qual é a importância dessa diretriz da concreção na análise interna para o enfrentamento das questões que nós temos que resolver na nossa sociedade plural, complexa, complicada e esfacelada?

Os senhores sabem tão bem quanto eu que um dos temas mais discutidos pelos estudiosos do Direito, na atualidade, diz respeito aos *diferentes papéis dos sujeitos* no exercício das suas liberdades civis e econômicas e, particularmente, a relevância da *pessoa concretamente considerada* no que concerne à mensuração de certos efeitos jurídicos.

Mas é também objeto da análise cuidadosa dos estudiosos, a nova racionalidade que preside a chamada “sociedade pós-industrial”, isto que Ulrich Beck chamou de “sociedade do risco” e Alain Touraine chamou de “sociedade programada”. Acho interessante analisar junção desses dois aspectos: ao mesmo tempo em que ela é programada, ela é a sociedade do risco. Uma sociedade na qual “tudo o que é sólido desmancha no ar”, na qual tudo se desmaterializa, na qual até a palavra “produto” resta desmaterializada, às vezes em um toque da Internet, na qual muitos contratos não servem mais para fazer circular os bens, e sim *fazê-los*: fazer “produtos financeiros”.

Como podemos enfrentar isso pela análise interna? Vamos voltar ao terreno do concreto, da “concreção”.

É que a conjugação entre a necessária concretude da noção de sujeito - o sujeito da relação obrigacional - e a nova racionalidade da sociedade pós-industrial, leva a perceber a necessidade de o Código possuir técnicas que permitam

normatizar as relações dessa sociedade tão complexa da maneira mais coerente possível com as *peculiaridades concretas das pessoas*, com a realidade concreta da relação obrigacional, com as vicissitudes e transformações que pode sofrer no curso do seu desenvolvimento (por exemplo, a quebra da base negocial em virtude de uma medida econômica governamental), segundo os valores expressos pelo ordenamento e as efetivas necessidades econômicas que as relações obrigacionais são chamadas a instrumentalizar.

Percebemos, assim, a absoluta fratura existente entre as novas necessidades e o método tradicional, que é o método da classificação meramente externa da relação obrigacional, que tem como elemento central a noção de sujeito como algo abstrato, sempre igual em todas as relações; portanto o sujeito visto externamente, que tem sempre o mesmo papel em todas as relações obrigacionais, que também são vistas externamente e que seriam sempre iguais, conforme o “tipo” contratual abstratamente considerado. Mas basta pensar: nem todas as compras e vendas são sempre iguais, fática e axiologicamente consideradas! Portanto uma análise que apenas descreva os “elementos” da relação obrigacional de compra e venda não é suficiente.

Evidentemente, esse método tradicional ou externo não é mais compatível com a pluralização da subjetividade jurídica, que é o fenômeno que marca a nossa época. É preciso que, tecnicamente, possamos discernir as *diferenças internas e valorativas* concretamente existentes entre uma obrigação contraída por um consumidor por via da Internet, outra ajustada entre grandes empresas, outra entre sujeitos considerados em patamar de relativa igualdade econômica, ou informativa, outra consistente num ato cotidiano, como comprar um refrigerante no bar da esquina, outra, por fim, enucleada numa complexa teia contratual etc.

Como o Código enfrenta isso? Em primeiro lugar, pelo apelo freqüente a noções vagas que chamam o juiz à concretização das peculiares circunstâncias. Quando pensamos no Código, temos que pensar sempre na ligação sistemática entre a Parte Geral e o Direito das Obrigações. Vejamos, por exemplo, o que resulta da ligação entre os artigos 307, 309, 311, 320, 316, 330 (relativos ao adimplemento) e os artigos 113, 128, 156, 157, 158 (da Parte Geral) que trazem os seguintes termos: “usos do lugar”, “circunstâncias do caso”, “natureza da situação”, “eqüidade”, “desproporção manifesta”, “premente necessidade”, “boa-fé”, “utilidade da prestação”, “fins econômico-sociais do direito subjetivo” etc. São estes conceitos jurídicos que permitem ao aplicador do direito, basicamente o juiz, descer do plano das abstrações ao terreno rico e multifforme do concreto.

Portanto, na metodologia subjacente ao novo Código, já encontramos esse direcionamento do juiz a examinar, em termos de relação obrigacional, o *concreto*: os usos do lugar, as circunstâncias do caso etc. E o juiz tem de conectar esse “concreto” com a categoria abstrata do adimplemento. Assim procedendo, é possível examinar ou ter presente no exame de cada caso a diversidade material e valorativa que está na base da relação obrigacional concretamente examinada.

Agora é preciso saber quais são as consequências disso, o que leva à responder à quarta questão, relativa à importância dogmática da metodologia utilizada pelo Código para alargar a noção de “adimplemento” e permitir a progressiva construção de novos institutos.

### **3. Consequências da metodologia adotada**

A principal consequência é o alargamento da noção de adimplemento e, conseqüentemente, o alargamento da noção de inadimplemento.

Vou propor um conceito de adimplemento: *o adimplemento é a realização, pelo devedor, e satisfatoriamente, da*

*prestação concretamente devida e enquanto devida, tendo ambas as partes observado os deveres derivados da boa-fé, que se fizeram instrumentalmente necessários para o entendimento do escopo da relação, em atenção ou em acordo ao seu fim econômico-social e as suas circunstâncias.*

O que está no substrato desse conceito? Um conceito é simplesmente uma súmula de idéias. Quais são as idéias que estão atrás desse conceito?

Em primeiro lugar, está a idéia de uma relação obrigacional complexa, isto é, aquela que envolve, finalisticamente, os chamados deveres de prestação e os deveres de proteção, ou também deveres anexos, instrumentais, secundários etc. E que envolve, também, um complexo de situações jurídicas subjetivas, de ônus e de deveres unidos finalisticamente em direção ao adimplemento (isto é, a prestação satisfativa), que é o seu fim.

Esse complexo une-se e desenvolve-se como um processo no sentido hegeliano, quer dizer, como uma série de atos encadeados na direção de uma finalidade. Processo que se desenvolve mediante deveres que são basicamente deveres de *colaboração intersubjetiva* entre os sujeitos da relação.

Insisto: o adimplemento - que é realizado por meio da prestação devida, *enquanto devida* (pois podem surgir acontecimentos, como o caso fortuito, em razão dos quais ela *não será mais devida*) de maneira *satisfatória* (tendo sido cumpridos a prestação principal e os deveres anexos ou instrumentais) e em acordo com o escopo prático e econômico da relação - tem, no seu cerne, uma *relação de cooperação*.

Isto está assentado numa obra fundamental, que é a **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, do Emílio Betti. A distinção que Betti faz entre a *relação da atribuição* e a *relação de cooperação* é eminentemente técnica: quando se fala em relação de cooperação não se está falando de uma coisa romântica, fora da realidade, mas de um conceito que é técnico. A única maneira de uma rela-

ção obrigacional se desenvolver satisfatoriamente (possibilitando, portanto, o adimplemento) é justamente por meio da persecução de deveres de colaboração, porque é uma relação que põe em contato duas partes que têm, uma em relação à outra, deveres de prestação e de proteção. Portanto, não há como não ser uma relação de colaboração intersubjetiva. Menezes Cordeiro diz bem: a colaboração é uma *constante intrínseca* do fenômeno obrigacional.

Como é que esta relação de colaboração vem traduzida em termos normativos? Justamente pelo princípio da Boa-Fé que, entre outras virtualidades, mostra o “porquê” e o “como” da possibilidade de alargamento da noção de adimplemento. Cito como exemplo a noção de *adimplemento substancial*.

O adimplemento substancial é aquele que é muito próximo do resultado final que tem como efeito excluir o direito potestativo, ou poder formativo, de resolver o contrato. Pensemos no caso de alguém que comprou um apartamento pagando o preço em 34 prestações, no contrato tendo sido pactuada cláusula resolutiva. O comprador pagou 33 prestações, mas, no momento de pagar a 34<sup>a</sup>, ficou sem meios, levando o vendedor a argüir a cláusula resolutiva. Este caso foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como relator o então Desembargador Rui Rosado de Aguiar Junior, que decidiu que o contrato tinha sido *substancialmente cumprido*, portanto não cabia exercer o direito resolutivo: o exercício do direito potestativo a resolver o contrato, embora expressamente pactuado, ficava inibido, limitado, de modo a caber apenas o pagamento de perdas e danos em razão da mora no último pagamento.

Ora, pela introdução da idéia do dever de colaboração intersubjetiva, que é orientado pelo princípio da boa-fé, ampliou-se a noção de adimplemento. Hoje já há uma vasta jurisprudência, inclusive no STJ, com casos relativos ao adimplemento substancial.

Creio que nestes casos que vêm sendo julgados com base na teoria do adimplemento substancial a idéia da relação obrigacional como relação de colaboração tem sido bem compreendida, porque o adimplemento é aquele que se faz de acordo não só com o dever principal de prestação (que, para o comprador era pagar a integralidade do preço), mas de acordo também com os deveres instrumentais decorrentes da boa-fé. E a boa-fé impede que o vendedor, por uma falta que é pequena *à vista da totalidade do contrato e da importância concreta do bem para o comprador*, argua uma solução tão drástica como o é a resolução.

Como tudo isto é traduzido pelo novo Código? Em primeiro lugar, o fato de o adimplemento ter sido colocado autonomamente sinaliza que não deve mais ser confundido com o mero modo de extinção das obrigações; em segundo lugar, o Código sinaliza a importância da boa-fé, considerada em sua feição objetiva, como uma das emanções da confiança.

O novo Código Civil está assentado no Princípio da Confiança. O Professor Miguel Reale atribui esta base na qual o Código está fundamentado ao que chama de diretrizes da socialidade e da eticidade. A confiança, como princípio geral, tem uma face voltada à eticidade, outra à socialidade. E, no Direito das Obrigações essas diretrizes se traduzem através da boa-fé na sua dupla feição: a feição subjetiva e a feição objetiva. Na subjetiva, a boa-fé é entendida como *crença* de alguém: crença numa aparência, crença de estar agindo corretamente, de não estar lesando direito alheio (como é o caso, por exemplo, do artigo 309, que diz respeito ao pagamento feito de boa-fé ao credor putativo). Mas a boa-fé objetiva, considerada como norma de conduta, como norma impositiva de deveres e de limites, vem posta estrategicamente em vários “pontos” do Código que se relacionam ao fenômeno obrigacional.

Apenas pontuemos essas regras: o artigo 113 impõe o *standard* da boa-fé como

norma de interpretação de negócios jurídicos, na Parte Geral. O artigo 128 elide a eficácia de condição resolutiva sobre atos já praticados, em negócios de execução continuada ou, negócios periódicos, chamados de obrigações duradouras, de conformidade à boa-fé objetiva. Sobre o artigo 187, o Ministro Ruy Rosado, certa vez disse uma frase que repito sempre: “É uma norma quase perfeita, que servirá para iluminar o Direito das Obrigações como um todo”. É que o artigo 187 introduz uma cláusula geral de ilicitude objetiva, isto é, a ilicitude decorre da afronta à boa-fé e da afronta aos fins econômico-sociais visados pelo negócio. E vamos encontrar, no artigo 422, a boa-fé como norma relativa às relações obrigacionais derivadas de contrato.

O que sinaliza basicamente a boa-fé? Que na relação obrigacional vista como um complexo, devem ser tutelados pelo ordenamento jurídico não apenas os interesses do credor mas os interesses de ambos os partícipes da relação obrigacional. Portanto, uma relação a ser concretamente observada e ponderada pelo juiz, em atenção aos cânones da eticidade e da socialidade e, diria, da solidariedade social, que é um valor constitucional a ser instrumentalizado também nas relações obrigacionais.

Para não ficar apenas na abstração teórica, vou pontuar em três ou quatro regras no Código, como isto transparece, isto é: como a metodologia empregada pelo Código ao conectar Parte Geral e Direito das Obrigações, ao autonomizar o adimplemento e ao dar relevo à concreção, possibilita a renovação do Direito Privado e mesmo a superação de certos limites que o próprio Código pontualmente contém.

#### **4. Exemplos de apreensão do significado estrutural e metodológico da regulação do adimplemento**

O primeiro exemplo está em “como” tornar efetivas, no adimplemento, as regras que determinam a consideração às circunstâncias, consideração à situação e aos interesses de ambos os par-

participantes da relação obrigacional, superando limites do próprio Código.

O artigo 317 (curioso pela história da sua tramitação legislativa) dispõe o seguinte: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Essa redação resulta da subemenda nº 03 à Emenda nº 38 do Senado Federal e constitui um verdadeiro retrocesso em relação àquilo que havia sido proposto pela Câmara dos Deputados no Projeto de 1984; é também um retrocesso em relação ao estado atual da jurisprudência mais avançada. Porém, nessa altura não devemos ficar apenas na crítica da denúncia: temos que superar esse estágio e – compreendendo o Código a partir dos seus próprios pressupostos metodológicos – dar efetividade às suas regras. Portanto, a pergunta a fazer, diante do art. 317 é: como podemos superar em alguma medida os seus limites? Ora, creio que é compreendendo a história da tramitação legislativa e utilizando, em conexão com o art. 317, outros princípios e regras do próprio Código.

No Projeto apresentado em 1975, pela Comissão Revisora, o texto que então era o artigo 311, facultava ao juiz, a pedido da parte, atualizar o valor da moeda “quando houver desproporção manifesta”. Em outras palavras: apenas o fato da desproporção manifesta entre prestação e contraprestação é que deveria ser levado em conta. Portanto, no suporte fático de incidência da regra estava apenas a manifesta desproporção entre o valor da prestação e da contraprestação, embora se atribuísse ao juiz a faculdade e não o dever de promover a correção. Porém, na tramitação na Câmara dos Deputados, a redação foi aperfeiçoada e passou a ser um *poder-dever do juiz* e não mais uma faculdade. Em vez de “o juiz poderá” ficou estabelecido: “o juiz deverá” revisar o contrato.

Ao chegar ao Senado, um dos Senadores conseguiu detectar vários avanços socialmente significativos do Código e propor a supressão da maior parte: onde havia algo com conteúdo social, com densidade social, esse Senador apresentou emenda supressiva. No entanto, felizmente o Senado voltou a ouvir o Professor Reale e os membros da Comissão, como o Professor Moreira Alves. O Professor Reale ponderou da conveniência de se manter aquela regra e inclusive propôs uma nova redação: “Quando, pela desvalorização da moeda ocorrer a desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento da execução, deverá o juiz corrigi-lo....etc”.

No entanto, essa proposição não vingou inteiramente, e aí surge uma questão que atribuo a um equívoco e que é um dado a ser levado em conta em matéria de interpretação histórica: o Senador Josaphat Marinho, relator da Comissão Especial, destinada a examinar o projeto no Senado, afirmou ter inteira procedência a idéia do Professor Reale, mas propôs fosse modificada em parte a redação. Cito literalmente a proposição: “sobretudo porque não se deve considerar a desvalorização da moeda como único fator para admitir a revisão de valores convencionais”. Disse o Senador Josaphat: “outros fatores e imprevisíveis poderão ocorrer gerando desequilíbrio das prestações e justificando o reajustamento delas.”

Infelizmente vingou essa idéia. E eu digo, infelizmente, porque ao pretender *ampliar* o instituto, acabou-se por *restringi-lo* pela introdução do termo “imprevisíveis”.

Portanto, imprevisibilidade foi posta como elemento do suporte fático da regra e se passou da teoria da base objetiva do negócio jurídico, de matriz alemã, para a teoria da excessiva onerosidade, de matriz italiana, na hipótese de revisão da própria prestação que se tornou – entre dois momentos distintos, o da conclusão do contrato e o do pagamento – excessivamente onerosa.

A excessiva onerosidade é aquela que comporta uma notável alteração da relação originária entre as prestações, (ou da própria prestação, considerada em dois momentos distintos) determinando uma situação de desequilíbrio, porém essa desproporção manifesta é relativa à prestação considerada objetivamente e não subjetivamente. Contudo, a regra do art. 317 exige, incontroversamente, que essa excessiva onerosidade seja atribuível a circunstâncias imprevisíveis.

Se fizermos uma interpretação sistemática e histórica, e ligarmos a regra do art. 317 com as dos artigos 113, 187, 422 etc., podemos conseguir a superação dos seus limites, considerando, além do mais, que aí não vem expresso (como consta no Código Civil italiano) o requisito da *extraordinariedade* do fenômeno. Por isto, não devemos confundir o que se deduz do art. 317 com a Teoria da Imprevisão: esta, de matriz francesa, requer a *extraordinariedade* para ensejar a revisão. Mas, entre nós, no art. 317, só há o requisito da imprevisibilidade, que naturalmente há de ser interpretado pela jurisprudência, como algo que não possa ser previsível por uma pessoa razoável no momento da contratação, ou como algo que viole, manifestamente, a sua *legítima expectativa*, a ser averiguada **in concreto**.

Outra regra que gostaria de ressaltar (e esta também foi contribuição pessoal do Professor Reale, fundado na diretriz da eticidade) é a do artigo 330. Aí encontramos a consagração legislativa de uma das mais importantes decorrências da boa-fé, o instituto da *supressio*.

Da boa-fé decorrem não apenas deveres de comportamento, mas também limitações ao exercício de direitos subjetivos e de direitos potestativos. Portanto, encontramos na atuação da boa-fé uma feição limitadora do exercício de direitos subjetivos e de situações jurídicas. O artigo 330 consagra expressamente um caso de limitação.

O que significa a *supressio*? A idéia de *supressio* (expressão cunhada por

Menezes Cordeiro) indica um duplo e correlato fenômeno, derivado de um mesmo fato e baseado em um mesmo valor jurídico. O fato é o passar do tempo que pode, em certas situações, fazer desaparecer situações jurídicas, ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante um certo lapso de tempo pelo seu titular, desde que esse não-exercício pelo titular tenha causado à contraparte um benefício em decorrência da confiança que lhe foi despertada de que aquele direito não mais seria exercitado.

Portanto, no substrato da *supressio* está o valor confiança cuja principal manifestação no âmbito do Direito Obrigacional, como já vimos, é traduzida pelo princípio da boa-fé. A *supressio* visa, basicamente, assegurar o interesse do devedor que confiou no fato de o credor não mais exercer, por um razoável lapso de tempo, determinado direito ou posição, e corresponde ao exame ao lado passivo do fenômeno, ou seja, corresponde à perspectiva do sujeito que não exerceu o direito. Essa é exatamente a hipótese legal do artigo 330.

Façamos uma brevíssima análise dos elementos de seu suporte fático. Diz o artigo 330: “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir a renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Estão aí assinalados três elementos: a determinação ou determinabilidade do local, em virtude de contrato; a sua alteração, por período de tempo reiterado e a presunção da renúncia do credor.

A primeira condição é a relativa ao local, e é lógico que isso só pode ocorrer naquele tipo de prestação que possa ser, faticamente, feita em local diverso do ajustado, também abrangendo aqueles pagamentos que devem ser feitos a credor que não podem legalmente renunciar, como o Fisco, por exemplo.

O segundo elemento é a reiteração no tempo: o Código fez muito bem em usar a expressão “razoável decurso de tempo”. Analisando a jurisprudência alemã, Menezes Cordeiro registra a va-



riedade dos lapsos temporais levados em conta pela jurisprudência, o quer dizer que é preciso sempre ter em conta o lapso temporal em relação à situação concreta, não há um lapso uniforme, abstrato para todas as situações. O lapso temporal não é determinado **a priori**, resulta de um juízo de fato. Portanto, o Código, no meu entender, fez bem usando a expressão “pagamento reiteradamente feito em outro local” e não pré-determinando esse tempo.

Mas, já não andou bem o Código, no meu entender, ao se referir à ficção da renúncia, o que é absolutamente inútil e traz uma série de problemas evitáveis. Nos outros ordenamentos que também têm, em virtude de regra legal e jurisprudencial, acolhido a *supressio*, não se carece de prova da vontade: o razoável decurso de tempo já é indicativo justamente do valor confiança que deve ser tutelado. Portanto essa presunção é inútil, no meu entender, mas não só inútil, como traz problemas desnecessários. Como comprovar a falta de vontade de renúncia? É uma presunção **iuris tantum**? **Iuris et de iure**? o credor pode provar?

Então, proponho, à vista de toda a estrutura do adimplemento, se considere como uma presunção absoluta derivada de um comportamento concludente, afastando o problema da vontade, posto fundar-se na *confiança*.

Outra regra importante e denotativa das possibilidades metodológicas do Código é a do parágrafo único do artigo 395. Esta regra não teve o seu valor facial alterado (as duas outras, antes referidas, são regras inovadoras em termos legislativos) mas pode ter o seu sentido contextual totalmente alterado.

O artigo 395 trata das consequências da mora: “Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários do advogado.” E o parágrafo único: “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, esse poderá enjeitá-la e

exigir a satisfação das perdas e danos”.

Os senhores sabem que a mora produz dois efeitos principais: obriga o devedor a responder pelos prejuízos causados e, por outro lado, lança sobre o devedor o risco de responder inclusive pela impossibilidade da prestação e, como um terceiro efeito (o que o Professor Araken de Assis chama de “caráter transformista da mora”), se a prestação for inútil para o credor, a simples mora se transforma em inadimplemento absoluto, possibilitando o exercício do direito de resolução, se o contrato for bilateral.

O parágrafo único contém, a meu juízo, a regra central em matéria de mora. Contém um parâmetro que indica até que ponto a prestação pode ainda ser cumprida satisfatoriamente, em atenção ao seu escopo prático concreto; até que ponto temos uma prestação que não pode mais ser cumprida, dizendo respeito, portanto à própria noção substancial de adimplemento – isto, àquela idéia de adimplemento que no início desta palestra eu formulei. E o parágrafo único é central porque traz um tópico, no sentido de Vieweg, o *tópico da utilidade ou da inutilidade da prestação*.

Em **Tópica e Jurisprudência**, uma obra absolutamente clássica dos anos 50, Vieweg ensina que o raciocínio tópico é aquele “problemático” no sentido de que o intérprete, em vez de partir do sistema e encontrar uma solução pré-pronta no sistema, deve construir a solução a partir de um parâmetro indicado pelo sistema. O que aí se indica é algo, ao meu juízo, absolutamente fundamental: que a lei não é o *ponto de chegada* do raciocínio do intérprete, ao contrário, ela é o *ponto de partida* da construção do raciocínio que deve direcionar o caso concreto. O juiz é direcionado por aquele valor, por aquele parâmetro, por aquele tópico posto na lei, para encontrar a solução ao caso concreto.

Agostinho Alvim que foi, como todos sabem, o elaborador do Direito das Obrigações – comentando o artigo 956 do Código de Beviláqua – situa a inutili-

dade, em primeiro lugar, em face dos critérios do *caput*, que diz respeito ao tempo, lugar e forma da prestação. Aí ele tem inteira razão. Porém, mais adiante diz que o critério da inutilidade da prestação deriva do arbítrio judicial, tratando-se de uma inutilidade subjetiva, isto é, inutilidade para o credor. Discordo, e a minha discordância tem como fundamentos tudo o que entendo e compreendo a respeito da relação obrigacional como um sistema de processos polarizado pelo adimplemento, como relação de colaboração, na medida em que a **ratio** da relação obrigacional não tem a sua ancoragem em uma idéia de *subordinação* dos interesses do devedor ou do credor, mas numa idéia de colaboração entre as partes. Ambos são merecedores de tutela jurídica.

Portanto, a razão está com o Ministro Ruy Rosado que, em sua obra sobre o direito de resolução, parte dessa mesma perspectiva da obrigação como um processo, da relação obrigacional como constituída por deveres de colaboração e chega à conclusão de que o interesse a ser considerado - o metro que o juiz tem que utilizar - não é o interesse do credor, mas o interesse da relação, portanto o *interesse do sinalagma*.

A partir do interesse do sinalagma se permite que o juiz perceba, compreenda e, após, componha dados de dupla ordem: a) os elementos objetivos fornecidos pela relação contratual em causa, extraídos da natureza concreta da prestação e, de outro lado, b) elementos subjetivos que dizem respeito à necessidade do credor, mas uma necessidade que não deve ser avaliada com vista nos seus motivos, pois é a necessidade considerada à vista de uma concreta relação econômico-social que aquele contrato visava regular. Portanto, é uma espécie de interesse objetivado. Não há nenhum arbítrio judicial.

A doutrina e a jurisprudência têm dado uma série de critérios para possibilitar ao juiz compor esse interesse do contrato, do sinalagma. Em geral, esses critérios são derivados da boa-fé, mas

isolo aqui três casos que me parecem interessantes. É lógico que em um contrato bilateral, comutativo, fica muito fácil examinar o interesse do sinalagma, porque há um sinalagma. Mas, fica bastante mais difícil nos contratos unilaterais e nos negócios jurídicos unilaterais (que também podem ser apanhados pelo inadimplemento) saber exatamente qual é esse interesse. Portanto o juiz tem o dever de descer às particularidades do caso até os seus mais ínfimos detalhes, ele tem que examinar qual é a causa-função daquele negócio.

Uma outra questão interessantíssima e bastante complicada é examinar qual é o interesse do sinalagma no caso das redes contratuais. Nesse fenômeno (que é crescente na sociedade globalizada), certos contratos são firmados tendo em vista instrumentalizar outros contratos: eles se apresentam como uma rede no circuito da produção, da distribuição, do marketing, da comercialização etc. É o que Lorenzetti, jurista argentino, chama de fenômeno da supracontratualidade, porque um contrato não é explicável pelo outro, eles só são explicáveis em rede pela trama econômica da operação econômica que está na sua base, operação que os contratos visam instrumentalizar. Pensemos no exemplo da Coca-Cola, cujo contrato de base não é de permissão do uso, mas da marca Coca-Cola. O detentor da marca está nos Estados Unidos; mas o substrato da bebida, o xarope, é fabricado na Zona Franca de Manaus, sendo comercializado, em nosso mercado, por várias empresas brasileiras. Porém, a publicidade do produto é feita em escala mundial e pode estar centralizada, por exemplo, numa empresa que está situada na Austrália ou na Alemanha ou em qualquer outro lugar. Ora, estes vários contratos (de uso de marca, de permissão do uso do produto, de produção e comercialização do xarope, de publicidade etc) não podem ser examinados isoladamente, como se cada um dos contratos fosse um universo em si mesmo, uma mônada: eles só podem ser enten-

didados (isto é, a sua racionalidade e a sua funcionalidade econômico-social só pode ser compreendida) à vista do todo, da rede em sua integralidade. Assim, também em muitos casos, a “inutilidade” derivada da sua mora deverá ser apurada em vista do todo, da rede ou do conjunto contratual.

Em outras palavras, para o juiz determinar a utilidade ou inutilidade da prestação, é necessário ter em conta a operação econômica complexa inteira. Há, é evidente, uma unidade finalista englobando todas essas operações aparentemente díspares. Assim também nas cadeias de contratos, em que uns se explicam em relação aos outros.

Para determinar, concretamente, a inutilidade ou utilidade da prestação, há também um outro critério, o da essencialidade do bem.

Há pouco menos de um mês, aqui no Rio de Janeiro, uma jovem e talentosa civilista, Prof<sup>ra</sup> Tereza Negreiros, defendeu a sua tese de doutorado, na qual propõe o critério da essencialidade do bem como o critério de interpretação dos contratos. Parece-me que ela tem inteira razão: a necessidade, a essencialidade do bem tutelado pelo contrato para as partes também tem que ser levada em conta na análise da utilidade ou da inutilidade da prestação em mora. Pensem nos contratos de seguro de vida ou de seguro-saúde, os contratos educacionais ou de fornecimento de água, de energia, de transporte coletivo, de aquisição de moradia etc. O parâmetro da essencialidade tem que ser levado em conta também para mensurar a utilidade ou inutilidade da prestação.

## **5. Breves referências acerca do inadimplemento**

O tempo se esgota e não poderei examinar a patologia da relação obrigacional, mas gostaria de enfatizar que, quanto ao inadimplemento, o Código propõe uma estrutura aberta, uma estrutura que compõe aquilo que o Professor Miguel Reale chama de modelo jurídico, isto é, a reunião de várias re-

gras em uma estrutura, e que, portanto, apenas essa estrutura conformadora de um modelo é que permite captar toda a dimensão daquele conjunto de regras envolvidas. Vamos encontrar um modelo jurídico, por exemplo, em matéria da chamada indenização suplementar. Ouço, às vezes com tristeza, professores afirmando que o Código não “mudou nada” em matéria de responsabilidade civil e gostaria de argumentar em contrário.

Penso que o Código mudou fundamentalmente em matéria de responsabilidade civil: mudou o modelo.

Agora a responsabilidade civil está autonomizada – há um capítulo próprio, dedicado à “obrigação de indenizar”. Do ponto de vista substancial, encontraremos no modelo jurídico da responsabilidade uma série de regras que reforçam de maneira extraordinária o princípio da reparação integral, e a indenização suplementar é um deles. Depois, vamos encontrar, ainda em matéria de inadimplemento e da sua consequência geral – a responsabilidade – algo extraordinário, que nunca vi em legislação de nenhum país: uma cláusula geral de responsabilidade por risco, dependendo do tipo de negócio, da sua *estrutura social*.

Se certa atividade humana habitualmente causa risco, este fato social pode modificar o próprio regime da responsabilidade que, de subjetiva, passa a seguir o regime da responsabilização objetiva. O risco pode ser inclusive a direitos de personalidade. Pensemos numa atividade que tipicamente produz riscos aos direitos de personalidade, como uma empresa jornalística dedicada a fofocas e a escândalos. Nesse caso, pode haver a responsabilização objetiva, dependendo da sensibilidade, da inteligência, da clarividência da jurisprudência para classificar pontualmente a atividade como de risco ou não. Então, isto muda tudo em matéria da modelagem da responsabilidade civil.

Portanto, o inadimplemento não está cingido ao Título IV do Livro Segundo, é um modelo estruturado em uma

série de princípios (inclusive constitucionais) e de regras que dizem respeito às espécies contratuais; à disciplina da responsabilidade civil; às cláusulas gerais dos artigos 186 (ilicitude baseada na culpa) e 187 (ilicitude por abuso e por violação da boa-fé)

Penso, assim, que devemos analisar o novo Código de uma perspectiva diversa daquela que analisávamos no Código de 1916. A mudança está muito mais nos nossos olhos do que na letra da lei, e isto não é um “defeito”, é isso que deve ser, porque *um código não existe no vazio*, nenhuma lei existe no vazio. O Direito é cultura, e as leis só existem como algo vivo em um ambiente traçado por uma determinada mentalidade, e é justamente a nossa mentalidade que deve direcionar a análise do Código e dos seus modelos jurídicos, completando e dando voz à sua **littera**.

A doutrina e a jurisprudência têm o dever de complementar a lei, porque nenhuma lei consegue ser, nem é, e nem pode ter a pretensão de ser total, de ser totalitária e excludente de outras fontes de normatividade. Assim como a lei não nasce no vazio, mas toma forma em uma determinada mentalidade, ela também não opera no vazio, e sim num ambiente traçado por uma determinada modalidade.

Portanto, parece-me que todos nós, que somos destinatários, operadores do Código como *cidadãos* – pois muito antes de sermos juizes, professores etc, somos cidadãos e portanto, nessa medida, destinatários do Código Civil, que é o Código da **cives** e do cidadão - temos que ter presente essa nova racionalidade, essa nova metodologia, essa nova estrutura e temos que ter presente também aquilo que disse o Professor Miguel Reale, há muito tempo, mas que tem um valor muito grande: “Não existe realmente a plenitude do direito escrito, mas existe a plenitude ético-jurídica do ordenamento”. E é essa plenitude que somos chamados a preencher e a realizar.

Muito obrigada pela atenção de todos.

## DEBATES

### Dr. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho

A primeira questão que gostaria de lançar é a seguinte: quanto ao tema da Revisão dos Contratos. O Código quando trata de institutos como a lesão nos contratos que ele aborda na Parte Geral, no artigo 157; depois da resolução por excessiva onerosidade, e o faz precisamente nos artigos 478 e seguintes, o Código, na sua literalidade pelo menos, e aí vai a minha provocação, autoriza o juiz, tão-somente na hipótese de lesão, anular o contrato; e na hipótese de excessiva onerosidade ou imprevisão, autoriza-o a resolver o negócio. Sabemos que a doutrina mais moderna e na esteira das transformações do Direito Privado Contemporâneo, o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, já contempla a hipótese de o juiz poder rever o contrato, ou seja, reequilibrar as suas bases e manter a manutenção do negócio reequilibrado na sua economia interna - pois muitas vezes é muito mais interessante para as partes. Entretanto o novo Código, na sua literalidade, não contempla essa possibilidade.

Então, a minha primeira indagação para a Prof<sup>a</sup> Judith seria exatamente esta: qual o papel do julgador diante do caso concreto? Já podemos intuir a resposta, mas vai a provocação. Diante de uma hipótese de lesão ou de uma hipótese de excessiva onerosidade, o juiz vai só poder resolver como está na literalidade da lei? Será isso um óbice intransponível ou não? É a primeira questão.

### Desembargador Sergio Cavalieri Filho

Gostaria de fazer um adendo e até acrescentaria uma pimenta. O Código do Consumidor permite a revisão do contrato com base no rompimento na base do negócio - artigo 6º; e o Código Civil introduziu a imprevisão, nos termos que Vossa Excelência colocou muito bem. Como é que vamos ficar em face de um contrato que tem efetivamente relação de consumo? Acrescentaria mais esse detalhe.

### Prof<sup>a</sup> Judith Martins Costa

Agradeço a pergunta porque ela é ótima, e a “pimenta” também.

Em primeiro lugar, vamos separar as hipóteses: lesão não é, imediatamente, caso de revisão para re-equilibrar as prestações. Lesão é defeito do negócio jurídico (aliás outra coisa para a qual devemos atentar: o Código suprimiu a denominação *vícios da vontade*, que tem toda essa carga antiga de voluntarismo: o Código fala em *defeitos do negócio jurídico*). Portanto, a primeira consequência da lesão é a anulação. Mas o parágrafo 2º do art. 157 permite a revisão, “se for oferecido suplemento suficiente”. Aí se afasta a consequência anulatória justamente porque a cláusula lesionária foi revista e o contrato foi adequado, nos seus “pesos”, ao equilíbrio que deve presidi-lo. Nós sabemos que a lesão não é devida a uma circunstância superveniente, ela ocorre quando o contrato já nasce desequilibrado. O artigo 157, em seu parágrafo 2º dispõe, pois, sobre o poder do juiz, pois quem vai examinar se o suprimento oferecido é suficiente ou não?. Há um poder de correção também por parte do juiz.

Quanto ao problema da revisão propriamente dita, Vossa Excelência cita o artigo 478, mas eu acrescentaria o artigo 317, ao qual acabei de me referir, que fala justamente que o juiz *deverá corrigir*, portanto aí é expresso o poder de revisar. O art. 478 trata de uma hipótese diversa: trata da resolução. Mas o artigo 479 dispõe: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se ao réu modificar equitativamente as condições do contrato”. Quem é que aprecia esse “*equitativamente*”? Volto a dizer que temos que ter atenção para os termos que o Código usa, ou seja, para essas janelas que ele abre para a atividade do juiz. Quem é que vai dizer o que é *equitativamente* é o juiz, portanto está aqui o seu poder de corrigir e de revisar levando em conta a situação concreta.

Quanto à “pimenta”, Desembargador Cavalieri, não tenho dúvidas de que o Código do Consumidor se aplica

às relações de consumo, e aí incide, incontroversamente, a Teoria da Base Objetiva; o Código Civil incide àquelas relações que não são de consumo e acho que há uma explicação para o fato de ter acolhido uma “Teoria da Base mitigada”, uma espécie de “mistura” entre a Teoria da Base Objetiva e a Teoria da Excessiva Onerosidade italiana que - volto a salientar - não se confunde com a Teoria da Imprevisão. A Teoria da Base, que é muito mais avançada, pressupõe justamente que o juiz possa revisar tendo em conta o desequilíbrio da relação, independentemente de esse desequilíbrio resultar, ou não, de fatores imprevisíveis. E isso é absolutamente coerente com a racionalidade e a axiologia que preside o Código de Defesa do Consumidor, que leva em conta partes presumidamente desequilibradas, em razão do princípio da vulnerabilidade do consumidor, que contém presunção absoluta.

Nas relações de direito comum vamos encontrar inúmeros contratos paritários. Portanto, essa presunção absoluta da vulnerabilidade não ocorre. Pode até ser provada a desigualdade, mas não é presumida. Como dizia Rui Barbosa, a igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais. Portanto, não podemos tratar com os mesmo parâmetros um contrato no qual há um consumidor e um fornecedor e um contrato entre dois grandes empresários. É lógico que o valor jurídico chamado a atuar tem que ser modulado diversamente. Queremos a correção e o equilíbrio em ambos os casos, é lógico! Mas o equilíbrio não é uma noção abstrata, é *relacional*, e é por isso que eu fiz toda a introdução falando na diretriz da concreção.

Temos que tirar da nossa mentalidade os óculos com os quais olhamos o Código de 1916, que é centrado no paradigma do *sujeito abstrato*. Temos que colocar outras lentes nos nossos óculos e pesar, na interpretação da lei, justamente esses termos vagos estrategicamente empregados pelo Código, que permitem o exame do *sujeito concreto* envolvido, isto é,

da pessoa concretamente considerada, do “ser em suas circunstâncias”.

Portanto, não penso que a Teoria da Excessiva Onerosidade seja melhor ou pior do que a Teoria da Base. Considero que algumas vezes ela pode ser até mais adequada, porque dois grandes empresários têm uma condição de previsibilidade sobre as circunstâncias concretas do seu negócio em grau muito superior a um consumidor diante de um fornecedor.

### **Dr. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho**

Uma outra indagação seria quanto à questão dos juros moratórios, uma questão pontual para dar a oportunidade de Vossa Excelência discorrer sobre esse ponto. Mudou-se, profundamente, com o advento do novo Código, o sistema dos juros legais. O artigo 406 modificou a forma de determinação desses juros legais, que antes, como todos nós sabemos, eram pautados por um valor fixo no Código Civil de 0,5% ao mês e 6% ao ano.

Com o advento do novo Código, o artigo 406 diz que agora a taxa será a que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Sabemos que a mora nos impostos devidos à Fazenda Nacional, a taxa aplicada é a chamada SELIC, que hoje está em torno dos 17%, se não me engano. O primeiro questionamento: de certa forma, o Código aqui depende de complementação legal, depende da política tributária da União. Suscitam-se até dúvidas quanto à constitucionalidade de uma taxa de juros de 17%, portanto acima dos 12% previstos constitucionalmente, ainda que o Supremo já tenha decidido que a norma constitucional que trata de limitar os juros reais a 12% seja de eficácia contida ou limitada. Mas o fato é que pode o legislador atuar no sentido de lançar uma taxa maior, e então vai a minha provocação, por que 12% para os juros da mora?

### **Prof<sup>a</sup> Judith Martins Costa**

Sob esse ponto de vista, concorda-

ria que a constitucionalidade desse artigo é discutível, até porque tenho uma posição teórica na direção tomada pela jurisprudência do Rio Grande do Sul, no sentido da eficácia imediata da regra constitucional, penso que os juros devem ser limitados a 12%. Só que temos que raciocinar o seguinte: a questão dos juros é política e não é o Código que diz que ela é política. Ela é uma questão macropolítica, até. Ela o é independentemente do nosso desejo. Mas a questão dos juros não é só política como uma questão de política financeira. Envolve uma *política pública*, e, portanto, uma tomada de posição ideológica dos responsáveis pelas políticas públicas.

Outra coisa é chegar à conclusão de ser aplicável a taxa SELIC. Tenho dúvidas, creio não ser incidente a SELIC.

### **Dr. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho**

Apenas uma observação quanto a esse problema da taxa de juros: há quem já entenda, quem interprete já esse dispositivo do Código Civil combinado com a Lei da Usura, Decreto 22.626/33 e sob tal raciocínio chegar-se-ia a um patamar de 34%, porque a Lei da Usura autoriza que a taxa de juros máxima a ser cobrada seja o dobro da taxa legal, que no Código ainda em vigor é de 6%, mas que pelo novo Código chegaria a 34%, o que me parece nada razoável.

### **Prof<sup>a</sup> Judith Martins Costa**

Isso seria forçar o limite do absurdo, o que não é possível. É lógico que toda a legislação anterior deve ser apreciada em relação a um novo parâmetro, assim também a validade das regras anteriores ao Código deve ser amoldada aos seus parâmetros.

### **Des. Sergio Cavaliere Filho**

Posso aproveitar o gancho? O artigo 397 trata da mora *ex re*, e dispõe: “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor”, e a consequência da mora é o pagamento de

juros. Como Vossa Excelência interpreta o artigo 405 estabelecer uma regra geral dizendo “contam-se os juros de mora desde a citação inicial.” Esses artigos não estão em confronto? Ou vamos interpretar que esse artigo 405 será apenas para a mora *ex persona*?

**Profª Judith Martins Costa**

A sua perspicácia levantou um problema do qual eu não me tinha dado conta. Até a jurisprudência já vem dizendo que conta desde a citação etc. mas é lógico que se conta naqueles casos em que não há mora automática. Acho que a regra da mora automática continua, não há como mudar. Deve-se interpretar a mora a partir da citação para todos aqueles casos em que a mora não se constitui por si só. Agradeço a sua contribuição.

**Dr. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho**

Concluindo, se Vossa Excelência quiser usar a palavra para falar mais especificamente sobre essa dualidade de fontes, que o Código permite a responsabilidade civil, consagrando até mesmo, como regra geral, a Teoria do Risco.

**Profª Judith Martins Costa**

Isto é bastante interessante porque temos, como metodologia tradicional, pelo menos em nosso sistema, assim como na França, e em Portugal, uma dualidade: convivem no sistema uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva fundada na culpa, para o comum dos casos, e a chamada responsabilidade objetiva, que não obedece ao método legislativo da cláusula geral, mas ao método da enumeração casuística. Portanto, em linha de princípio, só haveria responsabilidade objetiva quando assim especialmente previsto em lei.

Em um artigo que escrevi há pouco, me detive um pouco sobre isso porque me pareceu muito interessante como transposição das idéias filosóficas de Miguel Reale - principalmente da concepção do direito como experiência - para o plano da dogmática. Uma das idéias-

mestras da obra filosófica de Miguel Reale é a de *estrutura social*, que é uma idéia propriamente sociológica mais do que filosófica. Reale transpõe essa idéia em matéria de responsabilidade civil, quando no parágrafo único, do artigo 927, estatui o seguinte: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, (...)” (portanto, a culpa não entra no suporte fático) “(...) nos casos especificados em lei, (...)” (até aí tudo como já era o tradicional, mas aqui começa a grande novidade) “(...) ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem.”

Vejam: “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano”. Isto significa que, no caso concreto, o intérprete deve examinar se aquela atividade, pela sua própria natureza, é uma atividade que, socialmente, traz riscos. Essa é uma *noção prospectiva*, e não meramente retrospectiva! Se dessa atividade - que decorre da própria natureza da empresa - decorrerem riscos, surgirá a responsabilidade objetiva, a culpa fica afastada do suporte fático.

Isso abre um campo imenso, ao mesmo tempo em que exigirá uma responsabilidade extraordinária da jurisprudência. Seria muito interessante que a jurisprudência pudesse, com maturidade, com conhecimento técnico e com responsabilidade, estabelecer a técnica dos *grupos de casos típicos*, quer dizer, ir aos poucos formando os parâmetros que vão dizer o que é a atividade que habitualmente provoca riscos. É uma solução econômica (porque evita a inflação legislativa, evita que se precise de leis para dizer que se trata de caso de responsabilidade objetiva) e dinâmica, ensejando a prospectividade. Cabe justamente à jurisprudência se encarregar dessa tarefa de determinar, de forma a mais possível harmônica e responsável, quais são as atividades que provocam habitualmente riscos. A jurisprudência tem muito mais mobilidade, muito mais flexibilidade, mas evidentemente esta cláusula geral exigirá do juiz algo muito difícil (porque mui-

to difícil ao ser humano): abandonar o voluntarismo, abandonar a posição de que “é assim porque eu acho”, abandonar o decisionismo, que é, fundamentalmente, antidemocrático.

### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Tenho tantas dúvidas que gostaria de tirá-las todas com a Profª Judith, ainda mais que ela agora enveredou pela área da responsabilidade civil.

Profª, o artigo 186, que correspondia ao 159 diz assim agora: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Quer dizer que no artigo 159, “fica obrigado a reparar o dano” era a expressão. Eu dizia que isso era o conjunto de pressupostos da responsabilidade civil subjetiva. Mas o Código resolveu transformar esses dispositivos em um conceito de ato ilícito, do qual integra o elemento culpa.

E agora? quando chegamos à responsabilidade objetiva, onde não há culpa, não haverá também aí um ato ilícito? Então a responsabilidade objetiva será decorrente de quê? De ato lícito ou de uma imposição legal? Ou também vamos ter que dar a esse dispositivo uma interpretação restritiva e dizer: esse é um conceito de ato ilícito para a responsabilidade subjetiva? Como é que Vossa Excelência vê essa questão?

### **Profª Judith Martins Costa**

Estou me arriscando temerariamente em uma área em que o Prof. Cavalieri tem dado tantas lições. Também gostaria de dizer que, felizmente, em relação ao novo Código, tenho muito mais dúvidas do que certezas, porque acho quando se tem certeza, o assunto é envelhecido, é o já sabido. O mais importante é dúvida, que nos faz desconfiar das certezas estabelecidas e buscar novos caminhos. Mas em relação a essa modificação fundamental do art. 186 (e do 187) em relação ao art. 159 do Código de 1916, arriscarei algumas palavras. O que vejo aí de fundamental é que foi desconectada a

consequência indenizatória como a única consequência possível, ou como a consequência necessária da ilicitude. Isso muda tudo, porque muda o conceito de ilicitude, que agora vale por si, independentemente da sua consequência “dano indenizável”. Isso será importante para a renovação da idéia de ilicitude conexa às lesões aos Direitos de Personalidade (possibilitando ao juiz buscar outras consequências, por exemplo, no CPC, no campo das tutelas preventivas); às lesões ao meio-ambiente; aos contratos que contém obrigações duradouras; a questões relevantes no campo concorrencial; ao enriquecimento sem causa etc.

### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Eu diria que o novo Código irá dar mais oportunidades ao civilista, ao Direito Privado, porque a Constituição deu uma grande chance aos publicistas, agora com o novo Código chegou a vez dos civilistas.

### **Profª Judith Martins Costa**

Tenho dito isso: o Código de Processo, em 1973, formou uma geração de processualistas. Depois, com a Constituição, veio uma geração de publicistas. Tínhamos até vergonha de dizer que éramos professores de Direito Civil, porque todos perguntavam se não éramos comparatistas, consumeristas, não é isto, não é aquilo? Eu costumava, então, responder que era apenas uma modesta civilista. Mas realmente acho que agora chegou a hora da renovação do Direito Civil, do que eu já chamei de “reconstrução do Direito Privado”.

Continuando, Desembargador Cavalieri, a responder à sua questão, diria que essa sua pergunta é ótima porque me obriga a pensar em voz alta. O senhor tocou no ponto central: no Código de 1916, o artigo 159, dando a consequência, dava também os chamados pressupostos da responsabilidade civil e traçava uma espécie de automaticidade entre uns e outros, de modo que nos habituamos a ler os pressupostos pelo viés das consequências. Mas não pode-



mos ler o novo Código com os olhos de 1916. O que o novo Código fez? Ele cria, como o Código de Portugal, em um Capítulo próprio, a obrigação de indenizar (artigos 927 em diante). Então poderemos separar (metodologicamente, ideologicamente e dogmaticamente) a ilicitude civil da responsabilidade civil. A obrigação de indenizar é uma obrigação autônoma, mas não é atomista, quer dizer, ela não é um átomo, não está desligada do todo, ela é a regra geral que se aplica às mais diversas situações cuja consequência é a responsabilidade.

Vossa Excelência também tem toda razão quando diz que o artigo 186 é uma regra geral, definidora do que é ilicitude, ilicitude subjetiva. Mas o campo da ilicitude civil aí não se esgota. Temos que ler, imediatamente o artigo 186, o art. 187, que é uma regra que diz o que é ato ilícito sem colocar a culpa entre os pressupostos. Trata-se de uma ilicitude nos meios, no modo de exercício dos direitos subjetivos, em suma, no exercício das posições jurídicas. A doutrina denomina essa hipótese de “exercício inadmissível de posições jurídicas”. E é um exercício inadmissível porque colide ou confronta com princípios fundamentais, que condicionam o exercício do direito subjetivo. Vejamos a redação do art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico-social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Os termos-chave são fim econômico-social e boa-fé, que são vetores fundamentais, condicionantes, *internamente*, da licitude da posição jurídica. Vejo aí afastada, até a idéia de ‘abuso’ que denota um limite “externo”, como se o direito subjetivo fosse uma espécie de mônada. Há uma inadmissibilidade do exercício, porque houve desconformidade ao “jogo de ponderações” entre os princípios conformadores do lícito exercício do direito subjetivo. O art. 927, que trata especificamente da consequência indenizatória, reenvia expressamente a ambos, ao art.186 e ao art.187.

Isto é, mudou a sistemática da Responsabilidade Civil, e mudou o conceito de ilicitude.

O artigo 927 dispõe: “Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, ou seja, o artigo 927, remete aos artigos 186 e 187, portanto às ilicitudes subjetiva e objetiva. E no parágrafo único está: “Haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa (...)”. Portanto aí se recorta outro campo, independente em relação ao da culpa, qual seja, o da responsabilidade objetiva.

Considerados esses elementos, eu não veria a contradição e nem a necessidade de uma interpretação muito sofisticada, pois mesmo a interpretação literal levaria a essa conclusão. Seja pela remissão feita, no *caput*, aos artigos 186 e 187, seja pela palavra “independentemente” constante no parágrafo único do artigo 927, seja, principalmente, pela nova estrutura e pelo novo método, pois não temos mais que procurar no artigo 186 os pressupostos da Responsabilidade Civil. No art. 186 e no art. 187 está a ilicitude. A Responsabilidade Civil está no artigo 927 e seguintes. O artigo 927 é que faz a remissão.

Portanto, do ponto de vista do método, é totalmente diverso do Código de 1916. Antes, partíamos do artigo 159 para os demais artigos. Agora, em tema de responsabilidade civil, partimos do 927 e vamos procurar os pressupostos, assim como procuraremos, no exame dos tipos contratuais, condições que são específicas para certos tipos contratuais.

#### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Professora, registrei a sua frase inicial, que foi destacada pelo nosso ilustre debatedor, no sentido de que o novo Código se destina especialmente ao juiz.

Gostaria que Vossa Excelência reforçasse esse ponto: A Constituição de 1988, não há dúvida, atribuiu um poder enorme ao Judiciário; um poder tão grande que eu diria que o Judiciário não estava preparado para exercê-lo, que

ensejou esses dez anos ou mais de dez anos de um certo ajustamento do comportamento do juiz em face dos poderes que a Constituição outorgou ao Poder Judiciário; em outras palavras, a nação confiou no Poder Judiciário. Esse fenômeno, como Vossa Excelência colocou muito bem, estaria sendo, vamos dizer assim, repetido no novo Código Civil, constituição do Direito Privado, quer dizer: estão aí novamente uma nova outorga de confiança do juiz e poderes a este para aplicar cláusulas gerais?

Então eu indagaria de Vossa Excelência: Está o Judiciário preparado para trabalhar com uma Lei de Cláusulas Gerais? Lamentavelmente, o ensino do Direito e nós todos, operadores do Direito, fomos habituados naquela Escola Exegética de que o juiz aplica a lei ao caso concreto. Então a idéia que temos é a de que existe o fato e saímos procurando a lei simplesmente para aplicar algo assim como conferente do Cais do Porto, que diz qual é a mercadoria e a alíquota a ser aplicada.

O Judiciário já começou a viver essa necessidade de transformação a partir do Código de Defesa do Consumidor que trabalha com cláusulas gerais. O que a senhora acha que esse Novo Código Civil exigirá de nós, profissionais de Direito, principalmente dos Magistrados?

### **Prof<sup>a</sup> Judith Martins Costa**

Agradeço muito a pergunta que talvez toque no meu tema predileto, pois tenho trabalhado no curso de pós-graduação basicamente com metodologia do Direito, penso que essa é a grande questão. E em homenagem à pergunta de V. Excelência, responderei com total sinceridade, que pode até parecer deseducada, mas que é sinal de respeito pela importância da pergunta.

Lembro-me da primeira palestra que fiz sobre o novo Código, foi em um ciclo em Porto Alegre em homenagem ao Prof. Clóvis do Couto Silva. Falei sobre as cláusulas gerais no novo Código e, portanto, sobre o papel do juiz. A coisa que deveria falar, subseqüentemente

a mim, era uma Desembargadora que muito aprecio. Quando terminei de falar, ela começou dizendo o seguinte: “as palavras da Professora Judith Martins-Costa me deixaram absolutamente em pânico”. Creio que ela não estava errada. Ela percebeu que, antes de um poder, o novo Código dá ao juiz uma imensa *responsabilidade*.

Então eu diria, respondendo a sua pergunta, que o Código não renova apenas a responsabilidade que a Constituição deu ao juiz. Ele *potencializa* essa responsabilidade em uma dimensão que não temos condição ainda de avaliar. E não há como ser diferente, porque o fenômeno da inflação legislativa leva a balançar as próprias estruturas da Democracia na medida em que nem o cidadão e nem mesmo o técnico, nem mesmo os magistrados e os professores, temos, pela profusão e caoticidade das leis, condições de saber do que é composto o ordenamento. Portanto, nessa cenário falar em segurança jurídica como sinônimo de uma plácida e imutável previsibilidade é uma absoluta ficção.

Além do mais, a realidade mostrou que pretensão de a lei ser clara, uniforme, precisa, abstrata e geral, não é quase nunca verdadeira. O Judiciário é o fator de amoldamento a esse mundo plural, pluralizado, multifacetado em que vivemos. Não é a única instância, mas é a principal. Eu estou absolutamente convencida de que o Direito é experiência concreta, voltado à prática, portanto é a prática que nos deve conduzir à solução, mas uma prática guiada, *ordenada* pelos valores do ordenamento, que são traduzidos, **in concreto**, na decisão.

Daí a imensa responsabilidade do juiz, que é mediador. Sendo assim, não é por que eu queira, ou ache bom ou ruim, mas porque entendo que esse modelo da responsabilidade do juiz é o possível no tempo em que estamos vivendo.

Quanto ao problema do preparo da Magistratura, serei de uma absoluta franqueza: entendo que, de *modo geral*, a Magistratura não está preparada ainda para assumir tanta responsabilidade.

de, e por vários fatores: o fator do nosso ensino, em regra deficiente, não adequado aos novos tempos e exigências; o fator da própria ideologia que é veiculada em muitas Escolas da Magistratura, isto é, a ideologia do juiz como um detentor de “poderes” - ele é, antes de mais nada, detentor de responsabilidades! Mas estou convencida que nesse campo (como quase em tudo na vida) a verdade está na percepção do poeta espanhol Antônio Machado: “*el camino se hace al caminar*”. Isto significa dizer que, havendo uma consciência do processo histórico, temos que saber que devemos aprender e vamos aprender, todos nós, juizes, advogados, professores. Certamente haverá um período confuso, de uma certa insegurança jurídica e pode ser que essa potencialidade toda que o novo Código oferece ao juiz não seja, de imediato,

totalmente usada, totalmente compreendida. Poderá o juiz se auto-limitar (porque prefere ter a resposta pronta, prefere a facilidade do **fast food** jurídico - ainda mais para uma geração habituada ao Mc Donald's - a enfrentar a sofisticação e as dificuldades de um **menu** francês, que pode nos deixar perplexos para decidir quais os talheres que temos de usar. Acho que é isso que o Código em certa medida propõe; propõe que deixemos, por vezes, o Mc Donald's para aprender a jantar no Cipriani! Temos que aprender a usar esses “talheres” todos. É certo que levará um tempo. Tanto as faculdades quanto as Escolas da Magistratura não estão preparadas, temos que ser humildes para reconhecer. Contudo, não há outra maneira, o processo histórico se faz assim. Eu não teria outra resposta honesta para dar. 